

Verfassungstheoretische Gespräche

Band 1

JENS KERSTEN

Die Notwendigkeit der Zuspitzung

Anmerkungen zur Verfassungstheorie



Duncker & Humblot · Berlin

KERSTEN

Die Notwendigkeit der Zuspitzung

Verfassungstheoretische Gespräche

Band 1

Die Notwendigkeit der Zuspitzung

Anmerkungen zur Verfassungstheorie

Von

Jens Kersten



Duncker & Humblot · Berlin

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten

© 2020 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Satz: TextFormA(r)t, Daniela Weiland, Göttingen

Druck: CPI buchbücher.de GmbH, Birkach

Printed in Germany

ISSN 0935-5200

ISBN 978-3-428-18046-2 (Print)

ISBN 978-3-428-58046-0 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Für Ulrich Battis

Vorwort der Herausgeber

Verfassungstheorie hat Konjunktur – als Reflexionsdisziplin der Verfassungsrechtswissenschaft ebenso wie als gemeinsames Projekt der Verfassungswissenschaften. Anfragen an das Konstitutionelle werden aus juristischer, historischer, soziologischer und philosophischer, aber auch in ökonomischer und politikwissenschaftlicher Sicht formuliert. Herausforderungen eines „global constitutionalism“ lassen den Blick nach außen wenden und nach der Exportfähigkeit von Verfassung und Verfassungsidee im 21. Jahrhundert fragen. Reflexionen über die normative Kraft konstitutioneller Texte in einer fragmentierten Gemeinschaft multipler Normativitäten richten den Blick nach innen. Aus institutioneller Perspektive ist seit jeher zu ergründen, wer Hüter der Verfassung ist und wie Statik und Dynamik in der Fortentwicklung der verfassungsmäßigen Ordnung in Ausgleich gebracht werden können.

Diesen und vielen weiteren Fragen verfassungstheoretischen Raisonnements will diese Reihe einen Ort und die Gelegenheit zu Antworten geben. In ihr veröffentlicht werden die Vorträge, die im Rahmen der „Verfassungstheoretischen Gespräche BO/BN“ seit 2019 abwechselnd an der Ruhr-Universität Bochum und an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn stattfinden und deren gemeinsame Ausrichter wir sind.

Den Auftakt bildet der von Jens Kersten (München) im Juni 2019 an der Ruhr-Universität in Bochum gehaltene und in diesem Band zu einer Monographie ausgearbeitete Vortrag „Die Notwendigkeit der Zuspitzung: Anmerkungen zur Verfassungstheorie“. Wir wünschen dem Band wie der Reihe selbst eine positive Aufnahme und freuen uns, das verfassungstheoretische Gespräch auf diesem Wege weiter in die Öffentlichkeit tragen zu können.

Bochum und Bonn, im Frühjahr 2020

*Julian Krüper und
Heiko Sauer*

Vorwort

Diese Anmerkungen zur Verfassungstheorie gehen auf einen Vortrag zurück, den ich am 27. Juni 2019 im Rahmen der „Verfassungstheoretischen Gespräche“ in Bochum gehalten habe. Sie nehmen die Anregung von Peter Glotz auf, nicht nur die Politik, sondern auch die Verfassungstheorie als „Arbeit der Zuspitzung“ zu begreifen. In Zeiten vermeintlicher Alternativlosigkeit ist es wichtig, verfassungspolitisch und verfassungsrechtlich in Alternativen zu argumentieren. Deshalb kommt der Verfassungstheorie die Aufgabe zu, das Grundgesetz immer wieder neu und anders zu lesen. Wir müssen verfassungstheoretisch wieder lernen, stärker und pointierter in verfassungsrechtlichen Alternativen zu denken. Andernfalls werden wir nicht in der Lage sein, die sozialen und politischen, ökologischen und ökonomischen, technischen und kommunikativen Herausforderungen, vor denen wir heute stehen, demokratisch zu diskutieren, politisch zu gestalten und verfassungsrechtlich anzunehmen. Dies ist der Verfassungstheorie nur dann möglich, wenn sie sich nicht mehr ausschließlich auf die Verfassungsdogmatik konzentriert, sondern sich offen auf den interdisziplinären Dialog einlässt. Eine undogmatische und interdisziplinäre Verfassungstheorie versteht das Grundgesetz als eine Assemblage aus heterogenen Regelungen und diversen Regelungskomplexen, die zugespitzte Interpretationen und Erklärungen herausfordern. Es gibt daher keine Verfassungstheorie ohne Eigenschaften. Dies sollen die verfassungstheoretischen Diskussionen über die Verfassung der Natur, die Ästhetik der Verfassung, die Verteidigung unserer liberalen Verfassungsordnung gegen autoritäre Theorien und Politik sowie das Plädoyer für eine pluralistische Gesellschaft der Repräsentationen veranschaulichen.

Julian Krüper und Heiko Sauer möchte ich ganz herzlich für die Einladung zu den wunderbaren „Verfassungstheoretischen Gesprächen“ im Frühsommer 2019 nach Bochum danken, aus denen ich sehr viele pointierte Argumente mitgenommen habe. Darüber hinaus danke ich für Anregungen und Kritik Lea Bosch, Marc Bullach, Sandra Fritsch-Drlje, Luisa Griesbaum, Albert Ingold, Laura Münkler und Eva Schweiger.

München, im März 2020

Jens Kersten

Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung: Verfassungstheorien spitzen zu	13
II.	Handwerk: Dogmatisches Locked-In-Syndrom	19
	1. Dogmatikakzessorische Verfassungstheorie	19
	2. Vier Fragen und vier Alternativen	22
	a) Erkenntnis	23
	b) Kopplung	26
	c) Normativität	28
	d) Interdisziplinarität	30
	3. (Keine) Flucht von Alcatraz?	35
III.	Assemblage: Keine Theorie ohne Eigenschaften	38
	1. Assemblage	39
	a) Diversität	41
	b) Relationalität	42
	c) Emergenz	43
	2. Zuspitzungen	48
	a) Methodische Relationen	49
	b) Normative Relationen	50
	c) Historische Relationen	56
	3. Potenzial	59
	a) Analyse	59
	b) Konstruktion	60
	c) Textsorten	63

IV. Kritik: Die Verfassung der Natur	64
1. Ancien Régime: Natur hat man zu haben	64
2. Vom „Rechtsstaat der Natur“ zum „Verfassungsrecht der Erde“? ..	68
3. Ökologischer Liberalismus	73
V. Risiko: Die Ästhetik der Verfassung	81
1. Sprache, Stil, Design	81
2. Wo liegt das Risiko?	87
3. Ästhetische Kompositionen	94
VI. Streit: Du fährst zu oft nach Plettenberg	101
1. Anti-Theorie und ihre Praxis	103
2. Die Relativierung der Überspitzung?	111
3. Die Zuspitzung des Relativen	117
VII. Synthese: Die Gesellschaft der Repräsentationen	121
1. Identitätspolitik und Diversitätsprinzip	122
2. <i>Repräsentation</i> vs. <i>Repräsentation</i>	124
3. Diverse Repräsentationen	128
VIII. Schluss: Das Ende der Theorie?	134
 Literaturverzeichnis	 135
 Personen- und Sachverzeichnis	 158

„Zuspitzung – will ich ihnen sagen – heißt für mich nicht Hetze und blinde Konfliktverschärfung, sondern meint die *Klärung der Gegensätze*, auch die *Mobilisierung von verborgenen und verschütteten Wünschen und Bedürfnissen*. Politik nicht als Sachgebiet, sondern als Produktionsprozeß: Man kann ‚politischen Rohstoff‘ *bearbeiten*, freisetzen und aufschlüsseln. Die Frage lautet: Wie bringst du es auf den Punkt? Ich würde *das Politische* nie – wie Carl Schmitt – auf die Unterscheidung von Freund und Feind reduzieren – politischer Stoff entsteht auch aus der Tatsache der Freundschaft und Solidarität. Aber man muß die *grundlegenden Alternativen* herausarbeiten. Hegel: ‚Die denkende Vernunft aber spitzt, sozusagen, den abgestumpften Unterschied des Verschiedenen, die bloße Mannigfaltigkeit der Vorstellung, zum wesentlichen Unterschied, zum Gegensatz zu.‘ Um diese Art der ‚Zuspitzung‘ geht es; nicht um auf Aufwiegelung.“
Peter Glotz, Die Arbeit der Zuspitzung, 1984.

I. Einleitung: Verfassungstheorien spitzen zu

In Reaktion auf das Ende der sozialliberalen Koalition und die „geistig-moralische Wende“ hat Peter Glotz im Jahr 1984 den Beruf der Politik als die „Arbeit der Zuspitzung“ beschrieben. Auch die Verfassungstheorie sollte ihre Aufgabe in der Notwendigkeit der Zuspitzung sehen: Verfassungstheorien erklären das Grundgesetz nicht aus neutraler Distanz. Sie legen sich fest, klären Gegensätze, mobilisieren verborgene und verschüttete Bedeutungen und entfalten alternative Verständnisse unserer Verfassung sowie – bereits weitergedacht – der europäischen und internationalen Verfassungsordnung.¹ Glotz stellt die zentrale Frage der Politik: „Wie bringst du es auf den Punkt?“; und die Verfassungstheorie muss auf die Frage antworten: Wie pointiert liest du das Grundgesetz?

Die verfassungstheoretische Zuspitzung ist für den demokratischen Verfassungsstaat von ganz zentraler Bedeutung, wenn er die sozialen, politischen, ökonomischen und ökologischen Herausforderungen annehmen möchte, mit denen wir heute konfrontiert sind: soziale Fragmentierung

¹ Formulierungen bei *Glotz, Die Arbeit der Zuspitzung, S. 8.*

und Ungleichheit, demokratische Inklusion und die Krise der Repräsentation, politische Radikalisierung und Rechtsterrorismus, digitale und virtuelle Transformation und vor allem auch unsere ökologische Entgleisung: Artensterben, Klimawandel und Globalvermüllung. Wir alle sehen diese Entwicklungen, Herausforderungen und Krisen. Doch wir scheinen in der lähmenden Rhetorik der Alternativlosigkeit gefangen.² Wer aber die Notwendigkeit der Zuspitzung als Aufgabe der Verfassungstheorie begreift, wird sich von dieser politischen Apathie einer bleiernen Zeit wissenschaftlich nicht anstecken lassen. Es kommt deshalb (wieder) darauf an, in politischen Alternativen zu denken und das Grundgesetz auch einmal ganz anders zu lesen und zu verstehen. Nur so können wir die sozialen und kommunikativen, die ökonomischen und ökologischen Entwicklungen, Herausforderungen und Krisen theoretisch begreifen, kontrovers diskutieren und praktisch angehen. Nur so lassen sich politische und verfassungsrechtliche Entwicklungsszenarien vorzeichnen und Gestaltungsoptionen entwickeln. Deshalb sind zugespitzte Lektüren des Grundgesetzes letztlich auch interessanter und spannender als dessen landläufiges Verständnis. Sie zeigen uns verfassungsrechtliche Möglichkeiten und Alternativen, und nicht schlicht unsere Grenzen.³

Auf den ersten Blick scheint die deutsche Staats- und Verfassungsrechtslehre keine Probleme zu haben, sich in der Verfassungslektüre festzulegen, problemorientiert in Alternativen zu denken und entsprechend zugespitzt zu argumentieren. Das zentrale Beispiel dafür ist der Streit zwischen dem Staats- und dem Verfassungsdenken: Geht der Staat der Verfassung voran und steht die Verfassung damit zur staatspolitischen Disposition? Oder wird die Bundesrepublik durch das Grundgesetz als demokratischer Verfassungsstaat konstituiert? *Dezision vs. Integration*, *Carl Schmitt vs. Rudolf Smend*?⁴ Doch wir sollten uns nicht täuschen. Diese Polarisierungen sind längst Theoriegeschichte. Das gilt nicht nur für den Weimarer Methoden- und Richtungsstreit, sondern auch für dessen Nachwirkungen in der frühen Bundesrepublik: die Auseinandersetzung um die Normativität des Sozialstaatsgebots⁵ und das Verständnis

² Kritisch *Séville*, *Der Sound der Macht*, S. 21 ff.

³ Richtungsweisend *Häberle*, AöR 102 (1977), S. 27 (29 ff.), mit seinem Konzept einer demokratischen Verfassungstheorie als „Möglichkeitsdenken (Pluralistisches Alternativdenken)“.

⁴ *Günther*, *Denken vom Staat her*, S. 112 ff., 212 ff., 285 ff.

⁵ *Forsthoff*, VVDStRL 12 (1954), S. 8 ff.

der Grundrechte als objektive Wertordnung,⁶ die konservative Abkündigung und zugleich Bewunderung des Staats der Industriegesellschaft,⁷ die juristische Psychoanalyse eines „verdrängten Ausnahmezustands“⁸ im „Deutschen Herbst“ und der Methodenstreit um eine „verfassungsgemäße Verfassungstheorie“⁹ bis schließlich zur Auseinandersetzung um den nationalen „Volksvorbehalt“ europäischer Integration in der Maastricht-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts.¹⁰ Doch heute lassen sich mit der einstmals zugespitzten Unterscheidung zwischen Staats- und Verfassungsdenken keine theoretischen Diskussionen mehr bestreiten; es sei denn aus wissenschaftlicher Nostalgie für die klassische Bundesrepublik: „Bonn. Atlantis der BRD“¹¹ und „BRD Noir“¹² lauten die Stichworte für deren ambivalente Beschaulichkeit. Zugleich ist aber auch klar: Die Verabschiedung der Unterscheidung von Staats- und Verfassungsdenken in die Theoriegeschichte heißt nicht, dass diese verfassungstheoretische Zuspitzung vollkommen bedeutungslos würde. Theoriegeschichte ist und bleibt relevant. So entfalten Staats- und Verfassungsdenken nach wie vor eine theoriegeschichtliche Ausstrahlungswirkung, der wir immer wieder theoretisch wie praktisch begegnen.¹³ Doch so wenig wir heute die klassische Unterscheidung zwischen Staats- und Verfassungsdenken einfach vergessen dürfen, so wenig können wir schlicht theoretisch zu ihr „zurück“. Die neuen theoretischen Zuspitzungen im verfassungsrechtlichen Denken finden gegenwärtig anderswo statt: nicht mehr „zwischen“ Staat und Verfassung.

Doch wo stehen wir dann verfassungstheoretisch heute? Versucht man das Öffentliche Recht insgesamt in den Blick zu nehmen, so dominieren seit 1989 vor allem drei Entwicklungen: Erstens hat sich die europäische Verfassungstheorie voll ausdifferenziert.¹⁴ Zweitens wurde und wird viel

⁶ BVerfGE 7, 198 (205 ff.) [1958] – Lüth.

⁷ Forsthoff, Der Staat der Industriegesellschaft, S. 158 ff.

⁸ Böckenförde, NJW 1978, S. 1881 ff.

⁹ Böckenförde, NJW 1976, S. 2089 (2098); rezipierend Schlink, Der Staat 19 (1980), S. 73 (97); kritisch Möllers, RW 1 (2010), S. 188; Morlok, Was heißt und zu welchem Ende studiert man Verfassungstheorie?, S. 134.

¹⁰ BVerfGE 89, 186 (185 f.) [1993] – Maastricht; zu Recht kritisch Weiler, JöR 44 (1996), S. 91 ff.

¹¹ Bessing, Bonn. Atlantis der BRD.

¹² Felsch/Witzel, BRD Noir.

¹³ Möllers, Staat als Argument.

¹⁴ Häberle/Kotzur, Europäische Verfassungslehre; Haltern, Europarecht I; ders., Europarecht II.